

Art. 2. 1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych lub przeprowadzania konkursów przez zamawiających, będących: (...)

5) przedsiębiorstwami publicznymi, rozumianymi jako przedsiębiorstwa, na które podmioty, o których mowa w pkt 1-4, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio wywierają wpływ poprzez:

- a) posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tych przedsiębiorstwach,**
- b) kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez te przedsiębiorstwa,**
- c) prawo do powoływania ponad połowy członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego tych przedsiębiorstw**

- jeżeli zamówienie publiczne jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej;

Pojęcie przedsiębiorstwa publicznego (swego rodzaju odpowiednik pojęcia podmiotu z art.3 ust. 1 pkt 4 Ppz) zostało nieco zmienione co do rozumienia wywierania wpływu. Projekt ustawy wymaga wywierania wpływu (ale już nie dominującego wpływu), brak jest też przesłanki finansowania w ponad 50%. Natomiast przesłanki w projekcie budzą wątpliwości, nie wiadomo bowiem, czy wystarczy spełnić jedną z nich, czy też trzeba spełnić wszystkie (nie użyto słowa „lub” między przesłankami). W projekcie w art. 2 ust. 1 pkt 3 w wyczeniu przesłanek jest użyte słowo „lub”. To rodzi wątpliwości i konieczne jest doprecyzowanie projektu w tym zakresie.

Art. 6. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

5) zamówień publicznych lub konkursów, którym nadano klauzulę „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, zgodne z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, lub jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, pod warunkiem że nie można zagwarantować ochrony informacji objętych klauzulami, szczególnych środków bezpieczeństwa lub podstawowych interesów państwa przez mniej uciążliwe środki, w szczególności poprzez nałożenie wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

- projekt rozszerza zakres wyłączenia, obejmując nim również zamówienia z klauzulą „poufne” (dotychczas „tajne” lub „ściśle tajne”). Trudno zrozumieć co miałyby uzasadniać takie rozszerzenie, zwłaszcza że obecna praktyka na gruncie Pzp dotyczy także zamówień z klauzulą „poufne” i nie pokazuje trudności z tego powodu.

Art. 7. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

1) zamówień publicznych udzielanych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na decydującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,**
- b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,**
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;**

Należy negatywnie ocenić takie ograniczenie zakresu zamówień publicznych. Zgodnie z powyższym Zamawiający może zlecać zamówienia swoim jednostkom, co nigdy nie sprzyja uzyskaniem konkurencyjnych warunków i stanowi dyskryminację innych przedsiębiorców.

Art. 7. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

2) zamówień publicznych udzielanych przez osobę prawną, będącą zamawiającym, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4, który sprawuje nad nią kontrolę, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, pod warunkiem, że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia publicznego, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

- w tym wypadku projekt wymaga jedynie sprawowania kontroli, bez bliższego określenia na czym ta kontrola miałaby polegać. W rezultacie mogą powstać wątpliwości, czy w danym wypadku mamy do czynienia ze sprawowaniem kontroli. Brak dookreślenia sprawowania kontroli jest jeszcze wyraźniejszy, gdy powyższy przepis zestawia się z projektowym art. 7 ust. 1 pkt 1 czy pkt 3, w których dość dokładnie określono na czym ma polegać sprawowanie kontroli.

Art. 7. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

4) umów zawartych wyłącznie po między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 20 % działalności będących przedmiotem współpracy.

- wyłączenie w pkt 4 wydaje się niezrozumiałe, bowiem nie dotyczy zamówień publicznych (jak wyłączenia z pkt 1-3), tylko umów. Nie każda umowa jest zamówieniem publicznym, zatem wyłączenie powinno dotyczyć tylko zamówień publicznych, bo właśnie udzielania zamówień publicznych dotyczy projekt ustawy. Jeżeli dana umowa nie jest zamówieniem publicznym, to nie ma sensu wskazywać jej w wyłączeniu, bo już z tego tylko względu, że nie jest zamówieniem publicznym, ustawa Pzp nie ma do niej zastosowania. Równie dobrze można by wyłączeniu wskazać wszystkie inne umowy niebędące zamówieniami publicznymi, np. umowy nieodpłatne;

- przesłanka spod litery c) nie jest zbyt precyzyjnie sformułowana i będzie rodzić wątpliwości interpretacyjne. Nie wiadomo bowiem co oznacza wykonywanie na otwartym rynku: czy tylko poza daną umową zawartą wyłącznie po między co najmniej dwoma zamawiającymi, czy może generalnie poza systemem zamówień publicznych, czyli wyłącznie na rynku prywatnym (komercyjnym). Niejasne jest też sformułowanie mówiące mniej niż 20 % działalności będących przedmiotem współpracy. Nie wiadomo bowiem czy chodzi w nim o rynek pokrywający się z przedmiotem współpracy (np. przewozy autobusowe na określonym obszarze), czy może rynek takich samych (ale nie tych samych) usług (np. przewozy autobusowe w ogóle wykonywane przez danych zamawiających). Ten drugi rynek jest niewątpliwie znacznie szerszy niż pierwszy, zatem wyznaczenie właściwego runku będzie miało zasadnicze znaczenie dla stosowanie powyższego przepisu.

Art. 7. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:

2. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 3 lit. b i pkt 4 lit c, uwzględnia się średni całkowity obrót lub odpowiedni alternatywny miernik oparty na działalności, w szczególności koszty poniesione przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli ze względu na datę utworzenia, rozpoczęcia działalności lub reorganizację działalności osoby prawnej lub zamawiającego dane dotyczące obrotów lub kosztu za poprzednie trzy lata są

nieodstępne lub nieadekwatne, wystarczające jest wykazanie, że miernik działalności jest wiarygodny, w szczególności za pomocą prognoz handlowych.

2. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 3 lit. b i pkt 4 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia publicznego.

3. W przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 3 lit. b i pkt 4 lit. c ustala się za pomocą prognoz handlowych.

- ust. 3 budzi zastrzeżenia ze względu na posłużenie się w nim określeniem *prognozy handlowe*, a projekt nie zawiera definicji tego pojęcia, również w języku potocznym takie określenie nie funkcjonuje. Ponadto, gdy dany podmiot funkcjonuje na rynku ponad 2 lata (ale mniej niż 3 lata), opieranie się na prognozach (siłą rzeczy trudniej weryfikowalnych niż dane historyczne) wydaje się pozbawione sensu.

Ten zapis może obniżyć próg udziału w przetargu, dla niektórych podmiotów, a to stanowi akt nierównego traktowania oferentów. Prognoza jest niesprawdzalna. Zapis ten pozwala na niemal dowolne zwiększanie przychodów podmiotom istniejącym krócej niż trzy lata podczas, gdy te, które istnieją co najmniej trzy lata takiego prawa nie mają. Skutkiem może być zakłócenie konkurencji poprzez dopuszczenie do przetargu podmiotów o domniemanym obrocie nie mniejszym niż oczekiwany.

Art. 8. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych:

(...)

- jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80 % przeciętnych obrotów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-6, lub podmiotów powiązanych z tym zamawiającym w sposób, o którym mowa w pkt 1 lit. a-d; jeżeli ze względu na datę utworzenia podmiotu powiązanego z zamawiającym w sposób, o którym mowa w pkt 1 lit. a-d, lub datę rozpoczęcia jego działalności nie można ustalić danych dotyczących obrotów za poprzednie trzy lata, wskazuje się, że miernik działalności jest wiarygodny, w szczególności za pomocą prognoz handlowych;

- ponowne użycie niejasnego określenia „prognozy handlowe” – jw. Pojawia się tu również określenie „miernik działalności”, które również nie jest wyjaśnione ani użyte. W tym ustępie mowa jest o % przeciętnych obrotów i tego pojęcia należy używać konsekwentnie.

Ten zapis może obniżyć próg udziału w przetargu, dla niektórych podmiotów, a to stanowi akt nierównego traktowania oferentów. Prognoza jest niesprawdzalna. Zapis ten pozwala na niemal dowolne zwiększanie przychodów podmiotom istniejącym krócej niż trzy lata podczas, gdy te, które istnieją co najmniej trzy lata takiego prawa nie mają. Skutkiem może być zakłócenie konkurencji poprzez dopuszczenie do przetargu podmiotów o domniemanym obrocie nie mniejszym niż oczekiwany.

Art. 8. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych:

(...)

2) których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, udzielane przez podmiot utworzony przez zamawiających, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-6, w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej:

a) (...)

b) podmiotowi powiązanemu z jednym z tych zamawiających w sposób, o którym mowa w pkt 1 lit. a-d, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80 % przeciętnych obrotów tego podmiotu osiągniętych ze świadczenia usług lub dostaw, lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz

zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-6, lub podmiotów powiązanych z zamawiającym w sposób, o którym mowa w pkt 1 lit. a-d; jeżeli ze względu na datę utworzenia podmiotu powiązanego z zamawiającym w sposób, o którym mowa w pkt 1 lit. a-d, lub datę rozpoczęcia jego działalności nie można ustalić danych dotyczących obrotów za poprzednie trzy lata, wskazuje się, że miernik działalności jest wiarygodny, w szczególności za pomocą prognoz handlowych;

- zastrzeżenia jak wyżej do użycia pojęcia „prognozy handlowej” i „miernik działalności”.

6) dynamiczny system zakupów - ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są bieżące zakupy dostaw, usług lub robót budowlanych, których cechy, jako zakupów ogólnie dostępnych na rynku, spełniają wymagania zamawiających;

- zakres stosowania dynamicznego systemu zakupów został rozszerzony na roboty budowlane, przy czym muszą to być roboty ogólnie dostępne na rynku – mało praktyczny zapis, bo w efekcie może dotyczyć najprostszycy robót typu malowanie wnętrz i fasad budynków czy tynkowanie.

20) oferta – jednostronne zobowiązanie wykonawcy do spełnienia oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w innych dokumentach zamówienia, wyrażone w formularzu ofertowym oraz innych dokumentach dookreślających lub precyzujących treść oferty składanych wraz z formularzem ofertowym, takich jak plany, rysunki, projekty, kosztorysy;

- ta definicja jest zbędna, bo dokładnie w sposób w niej wskazany rozumie się ofertę na gruncie Pzp, która własnej definicji oferty nie posiada. Całkowicie wystarczające jest sięgnięcie do definicji oferty zawartej w KC. Co więcej, takie zdefiniowanie oferty powoduje, że wszystkie dokumenty inne niż formularz oferty i dokumenty dookreślające lub precyzujące treść oferty (plany, rysunki, projekty, kosztorysy) nie są uznawane za część oferty ze wszystkimi tego konsekwencjami. Na gruncie Pzp w pewnych przepisach (np. o jawności oferty) pojęcie oferty oznacza ogół dokumentów złożonych przez wykonawcę (w tym dokumenty podmiotowe), w projekcie takie dokumenty nie są już częścią oferty.

W świetle projektu mają się pojawić trzy kategorie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.:

a) wykonawca - osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub grupa takich podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorców, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług;

b) kandydat - wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub został zaproszony do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia albo partnerstwa innowacyjnego;

c) oferent - wykonawca, który złożył ofertę

Z tego wynika, że po wszczęciu postępowania (opublikowaniu ogłoszeniu o zamówieniu) będziemy mieli do czynienia z wykonawcami, po złożeniu wniosków - z kandydatami, po złożeniu ofert – z oferentami, natomiast na etapie zawierania umowy w sprawie zamówienia – ponownie z wykonawcą, gdyż zamówieniem publicznym jest każda umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest dostawa, usługa lub robota budowlana. Tworzenie ww. kategorii jest tylko mnożeniem definicji, które nie mają większego praktycznego znaczenia. Jeżeli celem było oznaczenie kręgu podmiotów, które np. Zamawiający informuje o wynikach oceny wniosków, to Pzp cel ten realizuje, wskazując wart. 51 ust. 1a, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

38) zamówienia publiczne na roboty budowlane – umowy, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych związanych z działalnością określoną w załączniku II do dyrektywy klasycznej, załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - w dziale 45 Wspólnego Słownika Zamówień, albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z tą działalnością lub wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

- ten przepis jest wadliwie skonstruowany, mówi bowiem o wykonywaniu robót budowlanych związanych z działalnością określoną w załączniku II do dyrektywy klasycznej, załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - w dziale 45 Wspólnego Słownika Zamówień. Tymczasem działalność określona w ww. załącznikach i dziale to właśnie różnego rodzaju roboty budowlane. W rezultacie z definicji tej wynika nieprawidłowy wniosek, że wykonywanie robót budowlanych jest związane z robotami budowlanymi. Prawidłowo powinna brzmieć: *zamówienia publiczne na roboty budowlane – umowy, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych określonych ~~związanych z działalnością określoną~~ w załączniku II do dyrektywy klasycznej, załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - w dziale 45 Wspólnego Słownika Zamówień, albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych powyżej ~~związanych z tą działalnością~~*

- zastrzeżenia budzi też fragment: *wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego*. Z powyższego wynika, że wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie to coś innego niż realizacja obiektu budowlanego. Trudno powiedzieć na czym miałyby tu polegać różnica.

Art. 13. 1. Jeżeli zamówienie publiczne obejmuje równocześnie co najmniej dwa rodzaje zamówień publicznych spośród zamówień publicznych na roboty budowlane, zamówień publicznych na usługi lub zamówień publicznych na dostawy, do udzielenia zamówienia publicznego stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia publicznego, który odpowiada głównemu przedmiotowi tego zamówienia.

- dobrze, że dostrzeżono wreszcie problem zamówień obejmujących więcej niż dwa rodzaje zamówień (jednocześnie dostawy, usługi i roboty budowlane). Na gruncie Pzp brak było odpowiedniej regulacji, Pzp przewidywała łączenie jedynie maksymalnie dwóch rodzajów zamówień, co było źródłem wielu wątpliwości i problemów. Kryterium głównego przedmiotu zamówienia wydaje się być prawidłowe.

Art. 14. 1. Jeżeli zamówienie publiczne jest obiektywnie podzielne, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień publicznych na poszczególne części, stosując do ich udzielenia przepisy właściwe do udzielania tych części z uwagi na cechy i charakterystyczne każdej z tych części lub udzielić jednego zamówienia publicznego zgodnie z zasadami, o których mowa w ust. 2 i 3.

- ten przepis może być bardzo niebezpieczny a ponadto powstają wątpliwości jaka jest jego relacja do przepisu art. 35 ust. 5, zgodnie z którym: *Zamawiający nie może dzielić zamówienia publicznego, jeżeli podział ten skutkowałby nieobjęciem zamówienia publicznego odpowiednimi przepisami ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami*. W świetle art. 14 ust. 1 wystarczającym uzasadnieniem dla podziału zamówienia jest to, że zamówienie jest obiektywnie podzielne. Powstaje zatem pytanie, czy obiektywna podzielność zamówienia to zarazem obiektywna przyczyna, o której mowa w art. 35 ust. 5 projektu (*Zamawiający nie może dzielić zamówienia publicznego, jeżeli podział ten skutkowałby nieobjęciem zamówienia publicznego odpowiednimi przepisami ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami*). Jeżeli tak rozumieć powyższe przepisy, to obchodzenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp będzie ułatwione. Przykładowo, zamówienie na dostawę 200 zestawów komputerowych jest obiektywnie podzielne, bo można zamiast niego wykonać 2 zamówienia po 100 zestawów komputerowych czy 4 zamówienia po 50 zestawów komputerowych.

Przy takim podejściu, stosując do udzielenia zamówień w danej części przepisy właściwe do udzielania tej części z uwagi na cechy charakterystyczne danej części, można by łatwo uznać, że skoro dana część ma niską wartość, to żadnych przepisów Pzp nie trzeba od niej stosować. Zamieszczenie powiększa art. 38 ust. 2 projektu, przewidujący w przypadku udzielania zamówienia publicznego na daną część możliwość stosowania przepisów właściwych dla wartości tej części zamówienia publicznego, ale przy spełnieniu dodatkowych warunków. Jak się wydaje, art. 14 ust. 1 projektu wyłącza stosowanie art. 38 ust. 2 projektu, co tylko potwierdza pogląd, że obchodzenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp będzie niezwykle wręcz ułatwione.

Art. 18. W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający udziela informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego informacje związane z postępowaniem podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

- przepis jest rażącym zaprzeczeniem zasady jawności postępowania. W projekcie brak jest odpowiednika art. 8 ust. 1 i 2 obowiązującej ustawy Pzp, bo trudno za taki odpowiednik uznać przytoczony powyżej art. 18 czy art. 16 ust. 2, zdawkowo stwierdzający m.in., że Zamawiający działa w sposób przejrzysty. W świetle projektu zasadą jest udzielanie informacji tylko w przypadkach wprost wskazanych w ustawie. Takie podejście oznacza, że każda tego rodzaju sytuacja, która miałaby podlegać ujawnieniu, musiałaby być najpierw określona w ustawie, a takiego rozwiązania w projekcie ustawy po prostu nie ma. Nie bez znaczenia jest także zamknięty charakter tego przepisu, przewidujący jego zawężającą wykładnię do przypadków przewidzianych w ustawie poprzez użycie słowa „tylko”. W świetle obowiązującej ustawy Pzp zasadą jest udzielanie informacji zawsze, natomiast ograniczanie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia - tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W ten sposób projekt zaprzecza całemu dorobkowi orzecznictwa i praktyki, które dążą do tego, aby system zamówień publicznych był maksymalnie jawny. Proponowane rozwiązanie służy wyłącznie jednej stronie – Zamawiającym, którzy rozstrzygną każde postępowanie w sposób całkowicie dowolny i jedyną wymierną konsekwencją jaka może ich spotkać jest nałożenie symbolicznej kary finansowej, o której wspomniano w art. 331 ust. 2 i art. 332 projektu ustawy. W sytuacji kiedy Krajowa Izba Odwoławcza coraz lepiej sobie radzi z bezpodstawnym utajnianiem wniosków, ofert, czy korespondencji ukrócając w tym zakresie niepohamowane zapędy wykonawcy, wolta wykonana w projekcie jest całkowicie niezrozumiała. Jeśli w dzisiejszym uwarunkowaniach trudno jest zwalczać patologię bezpodstawnego wyłączania jawności czy zmów przetargowych, to w nowej rzeczywistości kontrola tego zjawiska z pewnością już nie będzie możliwa.

Takie podejście poważa równocześnie sens środków ochrony prawnej, gdyż stają się one narzędziem jedynie fasadowym. Należy położyć szczególny nacisk na zmianę tego postanowienia jako skrajnie niekorzystnego dla przedsiębiorców i wpisania w to miejsce rozwiązania dotychczasowego. W interesie przedsiębiorców jest możliwość jak najszerszego i nieograniczonego wglądu dokumenty i czynności postępowania. Zasada więc powinna być odwrotna od tutaj przewidzianej, a zatem jawność postępowania powinna pozostać regułą, zaś tylko szczegółowo określone przypadki (np. tajemnica przedsiębiorstwa, informacje niejawne) mogłyby stanowić wyjątki od tej zasady. Obecnie obowiązujące przepisy przecież nie powodują żadnych trudności interpretacyjnych, a na przestrzeni 10 lat obowiązywania ustawy Pzp dopracowano się bardzo stabilnego orzecznictwa w tym zakresie.

Art. 19. 1. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z zastrzeżeniem informacji podawanych do publicznej wiadomości w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia lub przekazywanych kandydatom lub oferentom na podstawie ustawy.

- w tym przepisie zabrakło bardzo istotnego fragmentu, tj. wskazania, że zastrzeżenie musi nastąpić do

określonego momentu, np. upływu terminu składania wniosków lub ofert. W rezultacie łatwo sobie wyobrazić, że zastrzeżenia będą dokonywane dopiero po upływie ww. terminu, w zależności od sytuacji w postępowaniu, i trudno będzie takie zastrzeżenia zakwestionować jako spóźnione. Czemu ma służyć brak określenia terminu do dokonania zastrzeżenia nie sposób zrozumieć. Co więcej, powyższe zaniechanie będzie źródłem problemów dla samych Zamawiających, gdyż do momentu zakończenia postępowania nie będą pewni, czy w danym dokumencie nie mają do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa i czy wykonawca nie dokona zaraz jej zastrzeżenia. Co więcej nawet zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie rozwiązywać tego problemu, gdyż zgodnie z projektowanym art. 18 *po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznej informacje związane z postępowaniem podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej*. Tymczasem ustawa o dostępie do informacji publicznej chroni tajemnicę przedsiębiorstwa i wskazuje ją jako podstawę do udzielenia informacji publicznej. W skrajnym wypadku może się okazać, że zastrzeżenie informacji zostało dokonane przez wykonawcę, ale dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej i zawarciu umowy w sprawie zamówienia. Co więcej, w takim wypadku nie będzie jak zakwestionować dokonanego zastrzeżenia, gdyż wobec zakończenia postępowania nie będzie jak skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Trzeba też podkreślić, że projekt nie wymaga, aby zastrzeżenie i wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ma nastąpić jednocześnie. W rezultacie projekt powoduje powrót do stanu sprzed ostatniej nowelizacji Pzp, kiedy zasadność dokonanego zastrzeżenia wykazywano dopiero na żądanie Zamawiającego, w toku badania i oceny ofert czy wniosków. Powyższe jedynie przedłuży procedurę sprawdzania ofert i spowoduje, że na etapie składania ofert czy wniosków wykonawcy będą dokonywać jedynie samych zastrzeżeń, bez podawania jakiegokolwiek uzasadnienia.

Art. 21. (...)

3. W przypadku gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowych zgodnie z ust. 2 pkt 1, oferta powinna być przetłumaczona na język polski.
- przepis powinien wskazywać jednoznacznie na kim ciąży obowiązek przetłumaczenia.

Art. 29. Zamawiający może wymagać użycia profilu nabywcy w przypadkach, o których mowa w art. 27 ust. 1 pkt 1 i 2, mimo że konieczne jest zastosowanie narzędzi i urządzeń, które nie są ogólnie dostępne, pod warunkiem że zachodzi jedna z następujących okoliczności:

- 1) **zamawiający oferuje nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp za pomocą profilu nabywcy do tych narzędzi i urządzeń od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania; w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania podaje się adres profilu nabywcy, pod którym są dostępne te narzędzia i urządzenia;**

- z niezrozumiałych względów w drugim zdaniu pkt 1 zabrakło wskazania, że adres profilu nabywcy, pod którym są dostępne te narzędzia i urządzenia, podaje się także w zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji, w przypadku gdy ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikowania stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W rezultacie w świetle projektu wydaje się, że przepis art. 29 ust. 1 projektu nie ma mieć zastosowania w ww. przypadku, choć nie wiadomo dlaczego. Dla porównania w art. 34 projektu ww. przypadek został przewidziany i uwzględniony.

Art. 29. Zamawiający może wymagać użycia profilu nabywcy w przypadkach, o których mowa w art. 27 ust. 1 pkt 1 i 2, mimo że konieczne jest zastosowanie narzędzi i urządzeń, które nie są ogólnie dostępne, pod warunkiem że zachodzi jedna z następujących okoliczności:

- 2) (...)

- 3) **zamawiający zapewnia, aby oferenci niemający dostępu do tych narzędzi i urządzeń lub możliwości ich uzyskania w stosownych terminach, pod warunkiem, że brak dostępu nie może być przypisany danemu oferentowi, mogli uzyskać dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez stosowanie tymczasowych narzędzi nieodpłatnie**

udostępnionych w sieci;

- pkt jest niezrozumiały. Po pierwsze, nie wiadomo o co chodzi w sformułowaniu: *pod warunkiem, że brak dostępu nie może być przypisany danemu oferentowi*. Jeżeli o to, że wykonawca nie ponosi winy w braku dostępu, to nie wiem w jaki sposób i przy użyciu jakich środków Zamawiający miałby to badać. Jeżeli natomiast chodzi o to, że brak dostępu identyfikuje oferenta (tylko dany oferent nie posiada dostępu), to nie jest to żadnym argumentem za odstąpieniem od zapewnienia dostępu przez Zamawiającego. Sama informacja o tym, że dany podmiot złożył ofertę nie narusza w żaden sposób konkurencyjności i przejrzystości postępowania, pod warunkiem że Zamawiający nie ujawnia tej informacji innym wykonawcom i treść oferty pozostaje niejawna dla Zamawiającego. Przecież również obecnie Zamawiający wie (np. z informacji na kopercie), że dany podmiot złożył mu ofertę, ale sama ta wiedza, jeżeli pozostaje wiedzą dostępną wyłącznie Zamawiającemu, żadnych zasad udzielania zamówień publicznych nie narusza. Postępowanie o udzielenie zamówienia to nie konkurs, w którym anonimowość pracy konkursowej ma zasadnicze znaczenie. Istotne jest jedynie to, aby inni wykonawcy nie wiedzieli o złożeniu oferty i oczywiście aby warunki zaoferowane w ofercie pozostały niejawne do chwili jej otwarcia.

Po drugie, niezrozumiałe jest użycie w pkt 2 słowa *oferent*, które zgodnie ze słowniczkiem projektu oznacza wykonawcę, który złożył ofertę. Tymczasem pkt 2 dotyczy fazy postępowania przed złożeniem ofert. Powinno się zatem używać określenia *wykonawca*.

Art. 39.

- w całym art. 39 zamiennie używa się słów *czas* i *okres* (czas nieoznaczony, okres oznaczony), należy ujednolicić nomenklaturę i posługiwać się określeniami *czas nieoznaczony*, *czas oznaczony*.

(...)

3. W przypadku zamówień publicznych na usługi, w odniesieniu do których nie określono łącznej ceny, podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest:

- 1) *wartość miesięczna pomnożona przez 48, w przypadku zamówień publicznych udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy*;
- 2) *całkowita wartość zamówienia publicznego przez cały okres realizacji zamówienia publicznego, w przypadku zamówień publicznych udzielanych na okres oznaczony nie dłuższy niż 48 miesięcy*.

- zastrzeżenia budzą podkreślone fragmenty w połączeniu z początkiem komentowanego ustępu. Odczytując przepis literalnie wystarczy nie określić w ofercie ceny łącznej, tylko np. miesięczną (mimo że cena łączna jest jak najbardziej do określenia) i ustalić okres zamówienia na powyżej 48 miesięcy, a zostanie się nagrodzonym ustawowym ograniczeniem wartości zamówienia do 48 miesięcy. W rezultacie nieuczciwi Zamawiający mogą przyjmować niską miesięczną wartość zamówienia (tak aby jego wartość za 48 miesięcy nie przekroczyła odpowiednich progów ustawowych) a następnie rekompensować to wykonawcy długim okresem obowiązywania umowy. Przepis powinien być zmieniony poprzez wskazanie w jego początkowej części, że: *w przypadku zamówień publicznych na usługi, w odniesieniu do których nie jest możliwe określenie łącznej ceny, podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest: ...*

Art. 40. 1. Szacunkową wartość zamówienia publicznego na roboty budowlane ustala się na podstawie:

- 1) ***kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych;***

- przepis jest niespójny z art. 12 pkt 38 projektu. W art. 12 pkt 38 projektu wskazano, że zamówienia publiczne na roboty budowlane to umowy, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych związanych z działalnością określoną w załączniku II do dyrektywy klasycznej, załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - w dziale 45

Wspólnego Słownika Zamówień, albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z tą działalnością lub wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Tutaj natomiast, mimo że art. 40 ust. 1 pkt 1 dotyczy zamówień typu wybuduj, o wykonaniu obiektu budowlanego nie ma ani słowa. Podsumowując, przepis powinien brzmieć: kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych albo wykonanie obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającą

Art. 40. 1. Szacunkową wartość zamówienia publicznego na roboty budowlane ustala się na podstawie:

1) (...)

2) **planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych albo realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.**

- przepis jest wadliwie sformułowany a przy tym niespójny z art. 12 pkt 38 projektu. W art. 12 pkt 38 projektu wskazano, że zamówienia publiczne na roboty budowlane to umowy, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych związanych z działalnością określoną w załączniku II do dyrektywy klasycznej, załączniku I do dyrektywy sektorowej oraz w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - w dziale 45 Wspólnego Słownika Zamówień, albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z tą działalnością lub wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Tutaj natomiast, mimo że art. 40 ust. 1 pkt 2 dotyczy zamówień typu zaprojektuj i wybuduj, o zaprojektowaniu i wykonaniu obiektu budowlanego nie ma ani słowa, pojawia się natomiast realizacja obiektu budowlanego, która jest synonimem wykonania obiektu budowlanego (patrz uwagi powyżej). Podsumowując, przepis powinien brzmieć: planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Art. 41.

2. Zamawiający z administracji rządowej albo samorządowej są obowiązani przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do korzystania z profilu nabywcy udostępnionego na platformie e-Zamówienia.

- przepis jest zbędny i będzie jedynie powodować wątpliwości interpretacyjne. Obowiązek korzystania z profilu nabywcy wynika z innych przepisów projektu, chociażby z art. 25 ust. 1 i następných. Co więcej, przepis art. 41 ust. 2 wykładany *a contrario* może prowadzić do wniosku, że Zamawiający inni niż z administracji rządowej albo samorządowej (np. zamawiający sektorowi) nie są obowiązani z administracji rządowej albo samorządowej. Tymczasem w przepisach o zamówieniach sektorowych wprost wskazuje się na konieczność posługiwania się profilem nabywcy (np. art. 231 ust. 2).

Art. 42. 1. Zamawiający powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwaną dalej "komisją przetargową".

- z powyższego wynika, że komisja przetargowa musi zostać powołana zawsze, nawet w postępowaniach poniżej progów unijnych, czyli inaczej niż w Pzp. Rodzi to wątpliwości, czy obligatoryjne powoływanie komisji przetargowej także w zamówieniach poniżej progu unijnego przyniesie jakieś konkretne korzyści Zamawiającemu albo wykonawcom.

Art. 61. 1. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia publicznego wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy mogą odnosić się również do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia publicznego oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

- brak określenia jakości opisu: „precyzyjny, dokładny, wyczerpujący” itd. będzie utrudniał złożenie prawidłowej oferty i jej prawidłową wycenę przez wykonawcę, w konsekwencji zagraża to osiągnięciu celu postępowaniu w postaci wykonania lub należytego wykonania zamówienia publicznego.

Art. 63. Opis przedmiotu zamówienia publicznego powinien zapewniać równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia tego postępowania na konkurencję.

- przepis ten wymaga istotnej zmiany w kierunku obecnie obowiązującej regulacji przewidzianej w art. 29 ust. 2. Tylko w taki sposób zagwarantowana będzie możliwość dowodzenia, że opisu przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję. Także i tutaj całkowicie niezrozumiały jest zwrot, który przyniesie tylko szkodę dla osiągnięcia celu postępowania, umożliwiając Zamawiającemu całkowity brak staranności przy sporządzeniu najistotniejszego elementu z punktu widzenia przedsiębiorcy. Tym bardziej dziwi takie rozwiązanie, gdy zauważymy jak bardzo stabilne jest orzecznictwo w tym zakresie, w pełni też akceptowane przez przedsiębiorców. Zatem powrót do obecnej regulacji art. 29 umożliwi zachowanie ciągłości poglądów doktryny i orzecznictwa.

Art. 79. 1. Zamawiający udostępnia dokumenty zamówienia na profilu nabywcy od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania.

- dokumenty takie powinny być dostępne przez okres 5 lat. Taki stan rzeczy uniemożliwia kontrolę Zamawiającego po dniu wysłania zaproszenia do zainteresowanych, jak i na etapie jakiegokolwiek kontroli, czy sporu z wykonawcą.

Art. 88 ust. 1 pkt 5 wykonawców, którzy naruszyli obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym, pod warunkiem że zamawiający jest w stanie to wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych;

- przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania oparte zostały na przesłance związanej z naruszeniem obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, ochrony środowiska i zabezpieczenia społecznego, pod warunkiem że zamawiający jest w stanie wykazać wskazane wyżej okoliczności za pomocą dowolnych środków dowodowych. Należy wskazać na istotne niebezpieczeństwo dla przedsiębiorców jaki systemu zamówień publicznych poprzez pryzmat jego przejrzystości i uczciwej konkurencji. Tak opisane przesłanki są niezmiernie pojemne i kategoryczne w swoim rygoryzmie.

Zamawiający nie będzie musiał nawet opierać się na ostatecznej decyzji lub wyroku stwierdzającym okoliczności ujęte w hipotezie projektowanej normy ujętej w treści art. 88 ust. 1 pkt 5 projektu ustawy Pzp. Konsekwencją będzie nieprzejrzyste, dowolne i masowe wykluczanie przedsiębiorców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i to w oparciu o dowolne środki dowodowe (np. zeznania świadków, dokumentację fotograficzną itp.). Przesłanka ta nie zawiera również żadnego sformułowania wartościującego (np. którzy naruszyli w sposób rażący i zawiniony określone obowiązki wynikające z przepisów odnoszących się do 3 wskazanych dziedzin prawa), jak

również nie zawiera żadnego mechanizmu ekskulpacyjnego na kształt ujętego w treści obecnie obowiązującego art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Art. 88 ust. 2 pkt 2 i 4.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć:

- 2) wykonawców winnych poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość ich uczciwość, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,**
- 4) wykonawców, którzy wykazali istotne lub uporczywe braki w spełnieniu merytorycznych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy koncesji lub umowy zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-6, co doprowadziło do przedwczesnego rozwiązania wcześniejszej umowy, odszkodowania lub innych, porównywalnych sankcji,**

- dla obecnego art. 24 ust. 2a ustawy Pzp) zaczęła wykształcać się linia orzecznicza KIO i sądów okręgowych, z tego też względu że jest to obszar absolutnie krytyczny z punktu widzenia przedsiębiorcy. Konieczne jest jasne sformułowanie tego przepisu, najlepiej na wzór obecnie obowiązującej normy i najlepiej aby nastąpiło to w jednym, a nie w dwóch przepisach.

Znów należy podkreślić niedookreślenie przesłanek, co będzie powodować masowe wykluczanie wykonawców z udziału w postępowaniu. Propozycja ta jest o tyle jeszcze dziwna, że państwo polskie z powodu tak jak i tutaj wprowadzenia mechanizmów automatycznego wykluczania z postępowania, przegrało już w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt C-465/11, wydanym w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp), gdzie wobec uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poważne wątpliwości zgłosiła także Komisja Europejska.

Art. 97 8. Jeżeli podmiot, na którego zdolności zamierza polegać wykonawca, nie spełnia kryteriów kwalifikacji lub podlega wykluczeniu, zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym podmiotem.

- należy zgłosić poważne obawy czy takie bezkrytyczne powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich a następnie ich podmieniania stanowi o równym i uczciwym prowadzeniu postępowania. Zasadą jest, aby udzielać zamówieniu podmiotowi profesjonalnemu, dającemu gwarancję należytego wykonania zamówienia, co też oznacza, że zamówienia publiczne nie są dla wszystkich. Dlatego też powinno się ograniczać a nie rozszerzać możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich. To wykonawca ubiegając się o zamówienie publiczne powinien ocenić realność własnych sił, a jeśli tylko zaistnieje stosowna sytuacja może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego a i wtedy nie jest zwolniony z profesjonalizmu analizy tak sytuacji podmiotu trzeciego jak i dokumentów dotyczących tego podmiotu. Przepis ten w zasadzie pozwala wykonawcy na budowanie wniosku lub oferty od nowa.

Art. 106. 1. Oferent jest związany ofertą do upływu terminu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu w przypadku przetargu nieograniczonego, albo w zaproszeniu do składania ofert lub ofert ostatecznych - w przypadku pozostałych trybów udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem że zamawiający taki termin określił.

- brak określenia w ustawie terminów związania ofertą oraz przesłanek do jego przedłużenia, co spowoduje uprawnienie każdego zamawiającego i to w każdym przypadku do ustalenia własnych regulacji, które z założenia będą niekorzystne dla wykonawcy.

Art. 112. 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zachodzą następujące przesłanki:

- 1) nie złożono żadnej oferty albo żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;**

2) **wszystkie oferty albo wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone.**

2. **Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli zachodzą inne obiektywnie uzasadnione przesłanki, w szczególności wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym."**

- przy pozostawieniu ww. brzmienia przepisu zamawiający będzie miał prawo unieważnić postępowanie „jeśli zachodzą inne obiektywnie uzasadnione przesłanki”, co wprost oznacza każdy jeden przypadek, gdyż zamawiający z pozycji siły subiektywnie ocenia, co uznaje za inne obiektywnie uzasadnione przesłanki. Więc będzie mógł unieważnić każde postępowanie tylko dlatego, że oferta jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta, która z jakichś pozamerytorycznych względów mu nie odpowiada.

Tak brak jawności postępowania jaki i przesłanki unieważnienia postępowania wprost prowokują do zachowań korupcyjnych i są jaskrawie wymierzone przeciwko przedsiębiorcom.

Z uwagi na powyższe jako całkowicie pozorne należy uznać postanowienie z art. 16 ust. 2 stanowiący, że Zamawiający zapewnia równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działa w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 212. Zamawiający może wypowiedzieć umowę w okresie jej obowiązywania, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) **nastąpiła istotna zmiana umowy, co wymagało przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;**
- 2) **wykonawca w momencie udzielenia zamówienia publicznego spełniał obligatoryjną przesłankę wykluczenia z postępowania;**
- 3) **Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążyą na nim na mocy Traktatów, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia publicznego, nie wypełniając swoich obowiązków wynikających z przepisów prawa Unii Europejskiej.**

- brak określenia konsekwencji takiego wypowiedzenia zwłaszcza w odniesieniu do umów o roboty budowlane, czy wdrożenie systemu informatycznego. Co ma się dzieć z robotami już wykonanymi jeśli są trwale związane z gruntem? KC reguluje jedynie skutki odstąpienia. Wypowiedzenia zasadniczo nie sposób stosować do umów, które nie mają charakteru ciągłego świadczenia usług. Niezrozumiałe także jest jak może samoistnie nastąpić istotna zmiana umowy.

Art. 216. 1. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia publicznego podwykonawcy, przedstawia jednolity dokument obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne podwykonawcy, potwierdzające brak przesłanek wykluczenia.

2. W przypadku powierzenia podwykonawcy realizacji części zamówienia publicznego w stosunku, do której zamawiający określił kryteria kwalifikacji, jednolity dokument obejmuje również zaktualizowane oświadczenie własne podwykonawcy, potwierdzające spełnianie przez niego kryteriów kwalifikacji.

- założenie jest słuszne, ale wymaga dalszych prac, bowiem jak oddzielić tę część wobec której zamawiający określił kryteria od całości zamówienia. Np. przedmiotem jest budowa szpitala, a kryterium doświadczenia dotyczy właśnie wykonania uprzednio budowy szpitala. Jak stosować ten przepis w sytuacji, gdy wykonawca zechce powierzyć podwykonawcy np. montaż okien i stolarkę. Jest to element budowy szpitala, ale czy podwykonawca, który specjalizuje się w stolarce i oknach, ma wykazywać się doświadczeniem w budowie szpitala?

Art. 216. 4. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić danego podwykonawcę.

- przepis ten powinien mieć treść: Jeśli wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić danego podwykonawcę.

Różnica jest taka, że w świetle projektu podstawą zmiany jest subiektywne przekonanie zamawiającego, a nie obiektywne okoliczności dotyczące podwykonawcy.

Art. 223 ust. 1 pkt 7 wysokości kar umownych, z tytułu:

a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

- taki przepis funkcjonuje w obecnej ustawie, ale nadal budzi wątpliwości z uwagi na art. 483 par. 1 KC, który stanowi, że karę umowną można zastrzec jedynie za niewykonanie zobowiązania niepieniężnego. W tym wypadku ustawa łamie tę zasadę dopuszczając ustanowienie kary za niewykonanie zobowiązania pieniężnego.

Art. 289 ust. 4 pkt 2) z wniosku o wszczęcie kontroli nie wynika, że wnioskodawca posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego

- należałoby wyjaśnić w jaki sposób ten interes prawny jest w tym projekcie rozumiany. Czy nie będzie to prowadziło do wyeliminowania skuteczności takich wniosków. Zwłaszcza jeżeli kontrola doraźna będzie dotyczyć już zakończonych postępowań o udzielenie zamówienia, w których doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia – w takim wypadku trudno będzie mówić interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia publicznego, skoro powrót do etapu wyboru oferty najkorzystniejszej nie będzie już możliwy.

Art. 297 i następne, należałoby dokonać całościowej zmiany przepisów w zakresie statusu Krajowej Izby Odwoławczej w taki sposób aby ujednotwić procedury odwoławcze i skargowe (a więc należy wzorować się na sądowych), także poprzez wzmocnienie niezawisłości członków KIO na wzór sędziów sądów powszechnych, oraz należałoby przewidzieć stosowne narzędzia umożliwiające kontrolę stabilności orzeczniczej członka KIO.

Art. 303 ust. 2 pkt 5) odrzucenia oferty odwołującego;

- brak możliwości wniesienia odwołania od czynności wykluczenia wykonawcy, co znów jest rozwiązaniem niekorzystnym tak dla przedsiębiorcy, jak i z uwagi na obecne regulacje. Przepis ten nie koresponduje z art. 304.

Art. 305. 1. Odwołanie wnosi się:

1) w terminie 10 dni od dni:

- przepis ten nie określa terminu na wniesienie odwołania od zaniechania czynności zamawiającego, do której jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie przewiduje również terminu na wniesienie odwołania od czynności nie objętych obowiązkiem informacyjnym. Sprzeciw także budzi samo rozróżnianie terminów rozróżnienia terminów wnoszenia środków ochrony prawnej w zależności od sytuacji faktycznych:

- informacji zamawiającego o dokonanej czynności;
- dokonania czynności przez zamawiającego: publikacji/zamieszczenia ogłoszenia/zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- stanu wiedzy wykonawcy lub możliwości uzyskania tej wiedzy o czynności lub zaniechaniu czynności, o której zamawiający nie ma obowiązku informować.

Powoduje to zasadniczą niepewność co do terminów na wniesienie środków ochrony prawnej w sytuacji np. gdy zamawiający informuje o czynności o której informować nie musiał, albo gdy zamawiający nie informuje o czynności, co do której istniał obowiązek informacyjny, a wykonawca

uzyskuje wiedzę w inny sposób np. przez wgląd do dokumentacji postępowania Podobnie rzecz się przedstawia gdy termin zamieszczenia/publikacji ogłoszenia i termin zamieszczenia siwz na stronie internetowej różnią się.

Art. 308

Przepis nie reguluje skutków prawnych niezachowania wymogów formalnych przy zgłaszaniu przystąpienia (termin, forma, podmiot wnoszący przystąpienie, jego reprezentacja i przekazanie kopii przystąpienia). Co prawda strona postępowania może zgłosić opozycję, jednak powstaje pytanie co jeśli tego nie zrobi a zgłaszający przystąpienie nie spełnił przesłanek formalnych dla zgłoszenia przystąpienia . W razie braku zgłoszenia sprzeciwu brak jest ustawowej możliwości wydania postanowienia w przedmiocie dopuszczenia lub niedopuszczenia przystępującego, a przecież chociażby skarga na orzeczenie KIO przysługuje jedynie uczestnikowi postępowania, a nie podmiotowi, który nie spełnił przesłanek formalnych dla zgłoszenia przystąpienia. Nowa regulacja nie rozwiązuje problemu oceny wykazania przez podmiot przystępujący przesłanek formalnych czyli wykazania umocowania do zgłoszenia przystąpienia, oraz przesłania kopii zamawiającemu i odwołującemu. Część zgłaszających przystąpienie wykazuje spełnienie wszystkich przesłanek formalnych załączając niezbędne dokumenty do przystąpienia, a część powołuje się na dokumenty załączane do ofert czy wniosków, albo jedynie składają oświadczenia co do przesłania kopii, co powoduje trudności w ocenie zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia. Ma to istotne znaczenie dla uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania i powiązanej z tą instytucją czynności, jaką jest wniesienie sprzeciwu.

Wreszcie pominięto zasadniczy problem związany z wniesionym odwołaniem jakim jest nagminne korzystanie przez Zamawiających z instytucji uwzględnienia odwołania, gdzie jedyną przesłanką jaką najczęściej kieruje się zamawiający jest chęć uniknięcia kosztów postępowania. Często takie pozorne działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, że nie wykonuje on wszystkich żądań odwołania, a to z kolei prowadzi do składania kolejnych odwołań. Warto także rozważyć wprowadzenie instytucji uwzględnienia odwołania w części (w zakresie niektórych zarzutów), żeby Zamawiający miał możliwość nieuwzględnienia niektórych zarzutów. W każdym jednak przypadku należy wprowadzać takie rozwiązanie, że Zamawiający każdorazowo i solidarnie ze stroną jest obciążany kosztami w zależności od wyniku postępowania. Takie rozwiązania nie spowoduje obciążenia kosztami zamawiającego, gdy zarzuty przez niego nieuwzględnione okażą się bezzasadne.

Art. 310. Ust. 1 pkt 1. Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli: nie zawiera braków formalnych; ust. 3. Jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 303 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa, złożenia nieprawidłowego pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, złożenia dowodu uiszczenia wpisu lub złożenia prawidłowego pełnomocnictwa w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

- w świetle powyższego możliwe (a wręcz konieczne) będzie wezwanie do uzupełnienia braków dotyczących zarzutów i żądań odwołania, mimo że braki takie nie mają natury formalnej lecz stanowią w odwołaniu część merytoryczną. Jeśli więc spojrzeć na art. 315 ust. 8 w brzmieniu: *8. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*, to widać wewnętrzną sprzeczność, gdyż zasadą jest, że Izba jest związana zarzutami sformułowanymi w odwołaniu.

W analizowanym projekcie brakuje:

- uregulowania postępowania dowodowego, co jest bardzo ważne z punktu widzenia przedsiębiorcy składającego odwołanie do KIO, gdyż tutaj nie ma jednolitej praktyki, z powodu braku obecnie uregulowania tej kwestii.

Konieczna jest regulacja w zakresie możliwości i zakresu korzystania z zeznań świadków w taki sposób aby była możliwość pouczenia świadka o odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań) czy szersze korzystanie z opinii prywatnych. W ślad za tym powinny pojawić się regulacje dotyczące wydawania postanowień w przedmiocie dopuszczenia lub odmowy dopuszczenia dowodów. Obecnie strona w toku postępowania odwoławczego nie wie jaki materiał dowodowy będzie brany przez Izbę pod rozważenie przy wydawaniu wyroku, co wpływa na jej aktywność w danych obszarach postępowania dowodowego. Regulacja powinna być odpowiednia do postępowania w sądzie powszechnym.

- uregulowania sposobu wyrokowania w sytuacji bezprzedmiotowości orzekania o całości lub części zarzutów. W praktyce często dochodzi do sytuacji kiedy zamawiający uwzględnia część zarzutów odwołania, w rezultacie czego niektóre składy uznają to za przyznanie i uwzględniają zarzuty w wyroku, inne natomiast uznają, że spór wygaś i nie uwzględniają zarzutu, co w rezultacie prowadzi nieraz do oddalenia odwołania w całości (wobec niepotwierdzenia się zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego). Izba powinna mieć także możliwość w odpowiednim zakresie umorzenia postępowania odwoławczego, w sytuacji gdy stwierdzi, że dalsze prowadzenie postępowania stało się w całości lub w części bezprzedmiotowe.

Praktyką zupełnie nieprawidłową jest także akceptowanie przez KIO sytuacji, gdzie w określonym stanie faktycznym i prawnym jest wnoszone odwołanie, a zamawiający tuż przed posiedzeniem dokonuje wyjaśnień, modyfikacji czy innych czynności, których prawidłowość nie zawsze da się ocenić w tak krótkim terminie. W takiej sytuacji Izba powinna być zobowiązana przepisem ustawy do rozstrzygnięcia sprawy zgodnie ze stanem na chwilę wniesienia odwołania, a do nowych czynności wykonawcy powinien przysługiwać nowy środek ochrony prawnej. Tymczasem obecnie Izba próbuje sytuację, gdy Odwołujący jest zaskakiwany nowymi czynnościami Zamawiającego w toku posiedzenia odwoławczego, zaś Zamawiający nie ponosi żadnej odpowiedzialności za tak nieprzejrzyste postępowanie.

Art. 322. 1. Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

- przepis powinien przewidywać także możliwość zaskarżenia postanowień Prezesa Izby wydawanych w przedmiocie zwrotu odwołania.

Podkreślić także należy, że projekt ustawy powieli dotychczasowe błędne rozwiązanie, gdzie jednakowo traktuje zaskarżenie orzeczenia Izby w części dotyczącej rozstrzygnięcia merytorycznego jak i rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów, co stanowi ewidentną barierę dla skorygowania rozstrzygnięć o kosztach. Ustawodawca powinien przewidzieć możliwość zaskarżenia rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w drodze zażalenia.

Podobnie również nie zmieniono błędnego obecnego rozwiązania (§ 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań) dotyczącego sposób wnoszenia sprzeciwu. Wykonawca powinien mieć na to odpowiedni czas (np. 3 dni - jak Przystępujący), a nie być zaskakiwany na posiedzeniu przez Zamawiającego. Obecne regulacje są po prostu dyskryminujące w tym zakresie, a przecież sprzeciw jest istotnym elementem ochrony praw uczestnika postępowania. Ponadto w projekcie używa się w wielu przepisach określenia *obrót*, które nie jest prawidłowe i powinno zostać zastąpione określeniem *przychód*.

Dodatkowe uwagi:

- **Art. 55** Celem konsultacji rynkowych nie może być informowanie Wykonawców o planach i wymaganiach dotyczących zamówienia publicznego, ponieważ grono odbiorców jest ograniczone do biorących udział w konsultacjach.

- **Art. 57** Wyrażenie „istotne informacje” jest nieprecyzyjne, należałoby zapewnić jawność wszystkich ustaleń, które są wynikiem konsultacji rynkowych.

- **Art. 59** Wyrażenie „obejmują rozwiązania projektowe” jest nieprecyzyjne. Należałoby zmienić na „dotyczą w części lub w całości opracowania rozwiązań projektowych”. Ponadto artykuł ten nie

obejmuje takich usług intelektualnych jak n.p. nadzór na robotami budowlanymi, pomimo, że są to usługi złożone i dobrze byłoby, żeby można je było zamawiać w tym trybie.

- **Art. 60.1 ustęp 9)** Wyrażenie „jest zgodne z projektem” jest nieprecyzyjne i nieadekwatne do wielu zamówień, właściwie dotyczyć może wyłącznie robót budowlanych. Nie jest jasne co ustawodawca ma na myśli wnosząc o ujęcie w projekcie podstawowym zakresu ewentualnych dodatkowych usług lub robót budowlanych oraz warunki na jakich zostaną udzielone. Może miało być „ w projekcie umowy” lub lepiej „we wzorze umowy” ?...

- **Art. 69** Nie jest jasne, w jaki sposób zostanie dokonany wybór oferty. Z tekstu wynika, że zarówno oferty podstawowe jak i wariantowe będą oceniane, ale nie koniecznie z użyciem tych samych kryteriów. Wydaje się, że w obu przypadkach jest to dopuszczenie możliwości złożenia dwóch ofert, co jest niezgodne z ustawą. Systemy, z jakimi się spotkałam, przewidują rozpatrywanie wyłącznie oferty wariantowej przedłożonej przez oferenta, który został najwyżej oceniony. Ten artykuł musi być dopracowany, w obecnej treści jest sprzeczny z ustawą i nie wskazuje rozsądnej procedury wyboru.

- **Art. 88.1 ustęp 8)** Ocena czy wykonawca jest winny lub nie, wprowadzeniu w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, lub wykonawców, którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie kryteriów kwalifikacji, będzie subiektywną oceną zamawiających. Ponadto nie wskazano, w jakim okresie czasu takie wykluczenie byłoby możliwe. Zapis bardzo niebezpieczny dający zbyt duże uprawnienia zamawiającym.

- **Art. 88.2** (numeracja tego artykułu w ustawie wydaje się błędna) ustęp 4 Jak wyżej ocena czy wykonawca wykazał istotne lub uporczywe braki w spełnieniu merytorycznych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy koncesji lub umowy zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-6, co doprowadziło do przedwczesnego rozwiązania wcześniejszej umowy, odszkodowania lub innych, porównywalnych sankcji, będzie subiektywną oceną zamawiających. Ponadto nie wskazano w jakim okresie czasu takie wykluczenie byłoby możliwe. Zapis bardzo niebezpieczny dający zbyt duże uprawnienia zamawiającym.

- **Art. 92.1** odnosi się do zamówień wymagających „wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji”. Zapis ten jest całkowicie niezrozumiały.

- **Art. 96.1** ustęp 6 dopuszcza możliwość określenia warunków realizacji zamówienia publicznego przez konsorcjum odmiennych od warunków nakładanych na pojedynczych uczestników, pod warunkiem, że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Jest to pogwałcenie zasady równego traktowania oferentów. Winien być usunięty.

- **Art. 97.1** dotyczący wymogów w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów - nie obejmuje on jednego z najważniejszych kryteriów kwalifikacyjnych t.j. doświadczenia wykonawcy. Obecne zapisy dotyczą doświadczenia i kwalifikacji personelu. Koniecznie trzeba to uzupełnić.

- Zapisy odnośnie innych kryteriów wymagają również doprecyzowania.